

DE BERTI ■ JACCHIA

De Berti Jacchia Franchini Forlani
studio legale

IL SISTEMA REACH.

SCAMBI DI INFORMAZIONI NELLA *SUPPLY CHAIN* E ASPETTI CONCORRENZIALI

* * *

Avv. Roberto A. Jacchia

Il Regolamento REACH prevede ed incoraggia la **generazione e condivisione dei dati tra imprese** (c.d. *data sharing*) che fabbricano, importano od utilizzano nell'Unione Europea la stessa sostanza

- sia nella fase iniziale di pre-registrazione delle sostanze esistenti soggette a regime transitorio (c.d. sostanze *phase-in*)
- sia nella fase successiva di registrazione delle nuove sostanze secondo il regime ordinario (dal 01.01.2009 in avanti).

Questo aspetto di REACH è destinato ad interessare una grande quantità di impresa di ogni dimensione. Con poche eccezioni, nessuno potrà più fabbricare o commercializzare nell'Unione Europea sostanze al di sopra della soglia di 1 tonnellata all'anno (art. 6.1) che non siano registrate presso l'Agenzia Chimica Europea (ECHA – *European Chemicals Agency*). La registrazione comporta obbligatoriamente la presentazione all'ECHA di notevoli quantità di dati per ogni sostanza (c.d. il principio *"no data, no market"* : art. 5), che ricadranno, appunto, nel regime di condivisione.

Se una stessa sostanza *phase-in* deve essere registrata da più di un fabbricante o più di un importatore, il Regolamento REACH prevede che larga parte dei dati e del dossier tecnico venga presentata **congiuntamente** (art. 19; artt. 25-36) all'ECHA, allo scopo di agevolare la procedura di registrazione, di risparmiare costi, e di evitare la duplicazione delle sperimentazioni.

Ciò comporta che delle **imprese concorrenti** si troveranno a **dover collaborare**, anche scambiandosi informazioni e dati.

Per l'art. 81 del Trattato CE – e, a livello nazionale, per l'art. 2 della Legge Antitrust (no. 287/90) – lo **scambio di informazioni tra imprese** concorrenti costituisce una forma di **intesa vietata**, che può condurre all'imposizione di ingenti sanzioni pecuniarie.

Come si concilia l'**obbligo** di condivisione dei dati posto a carico delle imprese dal Regolamento REACH, con il **divieto** di scambiare informazioni fatto alle imprese dalle norme antitrust comunitarie e nazionali?

Le problematiche di condivisione dei dati si pongono **immediatamente** per la registrazione delle sostanze *phase-in*. La condivisione avviene principalmente attraverso i **SIEF** (*Substance Information Exchange Forums*) (artt. 29-30).

I SIEF non sono entità giuridiche autonome e la loro organizzazione e il loro funzionamento sono lasciati alla completa libertà degli interessati.

I SIEF sono luoghi virtuali e/o occasioni materiali di dialogo e confronto tra le imprese interessate per

- (i) agevolare la registrazione presso l'ECHA della stessa sostanza
- (ii) agevolare la classificazione e l'etichettatura della sostanza
- (iii) risparmiare i costi di sviluppo e di sperimentazione, ad esempio, per predisporre la Relazione sulla Sicurezza Chimica (*Chemical Safety Assessment* – CAS: artt. 10.b, 14) della sostanza

Devono partecipare ai SIEF i c.d. **dichiaranti potenziali**, che sono

- (i) i fabbricanti e gli importatori che hanno pre-registrato una stessa sostanza *phase-in*
- (ii) i fabbricanti e gli importatori di articoli che hanno pre-registrato la sostanza *phase-in* per immetterla nei loro articoli
- (iii) i rappresentanti esclusivi di fabbricanti extra-UE che hanno pre-registrato la sostanza *phase-in*.

Possono partecipare ai SIEF i c.d. **possessori di dati**, che sono:

- (i) i fabbricanti e gli importatori della stessa sostanza *phase-in* in quantità inferiore alla soglia REACH di 1 tonnellata/anno che non la hanno pre-registrata
- (ii) gli utilizzatori a valle della stessa sostanza *phase-in*
- (iii) i terzi che possiedono dati rilevanti sulla stessa sostanza *phase-in*
- (iv) altri terzi in casi particolari indicati nel Regolamento REACH.

Come si giunge alla **formazione di un SIEF**?

- (1) I dichiaranti potenziali individuano il codice identificativo con cui intendono pre-registrare la sostanza, in base alla Guida all'Identificazione delle Sostanze dell'ECHA
- (2) I dichiaranti potenziali quindi stabiliscono se le rispettive sostanze pre-registrate siano uguali, e coincidano o meno con altre sostanze pre-registrate
- (3) Tutti i dichiaranti potenziali della stessa sostanza pre-registrata giungono in qualsiasi forma ad un accordo sull'identità della sostanza e la formazione del SIEF
- (4) Il Regolamento REACH prevede i SIEF come stadio necessario del procedimento della registrazione delle sostanze, ma non prevede termini o forme obbligatorie. Il sistema è però strutturato in modo tale da incoraggiare fortemente le imprese a formare i SIEF quanto prima possibile, per avere più tempo possibile per la registrazione delle sostanze *phase-in* importanti, che implicherà condivisione di dati e studi significativi e che dovrà avvenire entro il 30.11.2010.

(1) **Tutti i partecipanti** al SIEF devono

- (i) rispondere alle richieste di informazioni sulla sostanza degli altri partecipanti
- (ii) fornire agli altri partecipanti gli studi esistenti sulla sostanza da loro posseduti

(2) I **dichiaranti potenziali** partecipanti al SIEF devono

- (i) richiedere i dati mancanti sulla sostanza agli altri partecipanti
- (ii) accordarsi sulla necessità degli studi supplementari occorrenti per la registrazione della sostanza e sulla loro esecuzione in comune (e nella sopportazione dei costi)

(3) I **possessori di dati** partecipanti al SIEF

- (i) devono rispondere alle richieste di dati dei dichiaranti potenziali
- (ii) ma non hanno diritto di richiedere dati ai dichiaranti potenziali.

Prima della pubblicazione da parte dell'ECHA dell'elenco delle sostanze pre-registrate, tutti i dichiaranti di una sostanza che ha lo stesso codice identificativo accedono alla relativa sezione del sito ECHA, e possono conoscere l'identità di tutti gli altri dichiaranti che hanno pre-registrato la stessa sostanza. Questa divulgazione può essere limitata dal pre-registrante indicando un rappresentante terzo.

Dopo la pubblicazione da parte dell'ECHA dell'elenco delle sostanze pre-registrate, l'accesso alle specifiche sezioni del sito ECHA è, a certe condizioni, aperto anche ai possessori di dati che intendono entrare a far parte di un SIEF.

Il sistema REACH, già nella fase di pre-registrazione delle sostanze *phase-in*, è amministrato funziona in larga parte in modo dematerializzato, mediante comunicazioni informatiche, accessi, immissioni ed estrazioni di dati su base selettiva nel sito dell'ECHA. Le imprese possono, già nella fase di pre-registrazione, e quindi, in ambito SIEF, adottare misure di protezione della riservatezza dei loro dati e dei loro segreti industriali.

Il Regolamento REACH prevede che i SIEF operino sino al 01.06.2018, che è il termine ultimo per completare la registrazione presso l'ECHA di tutte le sostanze *phase-in*.

La condivisione dei dati fra i partecipanti ai SIEF è un processo volontario. Il sistema REACH non prevede al riguardo mezzi di coazione o sanzioni, ma rende imprescindibile la partecipazione attiva ai SIEF per le imprese che intendono fabbricare e commercializzare nell'Unione Europea sostanze soggette a registrazione.

Per il Regolamento REACH, i SIEF non debbono rivestire forme legali particolari. E' però fortemente consigliabile che l'operatività dei SIEF sia regolamentata con puntuali **accordi scritti**, che precisino

- (1) gli obblighi e i diritti dei partecipanti
- (2) le modalità di esecuzione degli adempimenti comuni per la registrazione della sostanza e verso l'ECHA
- (3) le misure di protezione dei dati, dei segreti industriali e della proprietà intellettuale
- (4) le regole di funzionamento formale del SIEF, anche al fine di prevenire problematiche di diritto della concorrenza
- (5) le modalità di sopportazione dei costi.

Nulla impedisce che un SIEF venga organizzato in forme legali strutturate, come un consorzio, una società consortile od un'entità personalizzata, in qualsiasi Stato Membro dell'Unione Europea.

Quali sono le misure che le imprese possono adottare, per cautelarsi dalla eventualità che vengano loro contestate **infrazioni delle norme di concorrenza**, per il fatto di avere condiviso dati ed informazioni secondo il Regolamento REACH, in particolare, nell'ambito di un SIEF?

Il fatto di conformarsi alle disposizioni del Regolamento REACH sui SIEF e sulla condivisione dei dati relativi ad una stessa sostanza soggetta a registrazione presso l'ECHA, **non** costituisce un'esimente dal rigoroso rispetto delle norme di concorrenza.

Il Considerando (33) del Regolamento REACH precisa che la condivisione dei dati fra imprese è incoraggiata *“al fine di accrescere l'efficienza del sistema di registrazione, per ridurre i costi e ridurre le sperimentazioni sugli animali vertebrati”*, ed il Considerando (54) aggiunge che i SIEF hanno per obiettivo di *“agevolare lo scambio di informazioni sulle sostanze che sono state registrate”*. Tuttavia, il Considerando (48) espressamente dispone che il Regolamento REACH lascia *“impregiudicata la piena e integrale applicazione delle norme comunitarie in materia di concorrenza”*.

Per la giurisprudenza antitrust europea e nazionale, gli scambi di informazioni e dati fra imprese concorrenti, che vanno al di là di quanto ciascuna impresa potrebbe apprendere *“dalla intelligente osservazione del mercato”*, e che influenzano o potrebbero influenzare le loro scelte d'impresa e il loro comportamento commerciale, sono illecite, e sono perciò vietate e sanzionabili.

La prassi della Commissione Europea e la giurisprudenza antitrust comunitaria hanno sempre dato un'interpretazione molto restrittiva delle normative di settore che, perseguendo politiche ed obiettivi specifici, spingono le imprese a cooperare fra di loro.

La Commissione ha spesso sanzionato imprese che avevano adottato condotte coordinate, di per sé restrittive della concorrenza, ma in contesti normativi che incoraggiavano il coordinamento, ogniqualvolta la condotta andava al di là della stretta osservanza di norme tecniche e di norme di funzionamento dei mercati regolati (ad esempio, nel campo degli accordi interprofessionali dell'agricoltura), ed andavano, invece, ad influire sulle scelte e sulle politiche commerciali.

Le Linee Guida sulla Condivisione dei Dati (*Guidance on Data Sharing*) dell'ECHA considerano espressamente il rapporto fra sistema REACH e disciplina antitrust (Cap. 9). Ma, pur riconoscendo il problema, le Linee Guida non forniscono soluzioni, e si limitano a raccomandare agli operatori di verificare che la loro cooperazione a in ambito REACH sia sempre conforme alle norme di concorrenza.

Nella prospettiva antitrust, le imprese che cooperano ed interagiscono secondo il sistema REACH – ed in particolare, i partecipanti ai SIEF – dovranno

- (1) evitare gli scambi di informazioni che potrebbero avere per effetto condotte di mercato coordinate o la creazione di cartelli
- (2) limitare gli scambi di informazioni a quanto è strettamente necessario secondo il sistema REACH
- (3) qualora le informazioni scambiate abbiano natura sensitiva, positivamente adottare accorgimenti per cautelarsi dalla possibile contestazione di infrazioni antitrust.

Per evitare gli scambi di informazioni che potrebbero avere per effetto condotte di mercato coordinate o la creazione di cartelli, le imprese che si incontrano o interloquiscono in ambito REACH, tipicamente in seno ad un SIEF, dovranno **astenersi** da ogni interlocuzione in materia di: prezzi e condizioni di vendita; limitazioni quantitative della produzione e dell'offerta; suddivisione dei mercati di sbocco o delle fonti di approvvigionamento, sia geograficamente, che per gruppi determinati di clienti o fornitori; limitazioni o controllo degli investimenti o dello sviluppo tecnologico.

Gli **scambi di informazioni** dovranno essere **limitati a quanto è strettamente necessario secondo il sistema REACH**. L'art. 25.2 del Regolamento REACH espressamente dispone che le imprese devono **astenersi** dallo scambiare informazioni concernenti il loro comportamento di mercato, la loro capacità produttiva, i loro volumi di produzione e di vendita, i loro volumi di importazioni e le loro quote di mercato. Pertanto, tutte queste materie sono, per definizione, di per sé **escluse** dall'ambito REACH, ed ogni scambio di informazioni su di esse sarà verosimilmente illecito per la normativa antitrust.

Anche se le informazioni e i dati destinati a condivisione in ambito REACH sono tipicamente di **natura scientifica e tecnica**, sono consigliabili talune **cautele per evitare condotte *borderline***, che potrebbero collocarsi in un'area di possibile rischio antitrust.

A tale fine, le imprese dovrebbero

- (1) ridurre al massimo la frequenza e la regolarità degli scambi di dati sui volumi individuali di produzione, limitandosi a scambi solo pluriennali o sporadici
- (2) esprimere i dati sui volumi individuali utilizzando delle fasce (ad esempio: fra xxx e yyy tonnellate), anziché cifre specifiche
- (3) qualora si debba giungere alla condivisione di dati di volume individuali, o di sistemi di dati aggregati che consentono di risalire a dati individuali, eventualmente utilizzare un *trustee* terzo indipendente, che operi come *clearing point* dei dati individuali di tutte le imprese interessate allo scopo di

- (i) generare dati aggregati anonimizzati
- (ii) allocare i costi individuali di ciascun partecipante
- (iii) individuare eventuali dati sensibili destinati alle autorità di regolazione

in tutti questi casi, **senza visibilità** del dato individuale di ogni singola impresa da parte delle altre

- (4) preoccuparsi che di ogni colloquio, riunione o interlocuzione rimanga traccia, informatica o cartacea
- (5) qualora le discussioni o l'interlocuzione dovessero, nei fatti, andare a toccare materie sensibili, interrompere l'interlocuzione od abbandonare la riunione, lasciandone traccia a verbale o con altra comunicazione informatica o cartacea.

Infine, un distinto aspetto di possibile rilevanza antitrust è quello dell'**apertura dei SIEF a tutti i potenziali dichiaranti** della stessa sostanza. I partecipanti dovranno astenersi da qualsiasi **pratica discriminatoria od escludente**, anche solo di fatto, avente per oggetto o per effetto di tenere al di fuori del SIEF dei concorrenti non graditi, fabbricanti ad importatori della stessa sostanza, ad esempio, allo scopo di ritardare la loro registrazione o di far gravare su di loro costi maggiori (in quanto non condivisi) di sviluppo e sperimentazione. Anche queste pratiche costituiscono intese vietate dall'art. 81 del Trattato CE (e dall'art. 2 della Legge 287/90), finanche più gravi degli scambi informativi fra concorrenti, e che potrebbero essere sanzionate con ancor maggiore severità.

L'ECHA è divenuta operativa da pochi mesi, ed il sistema REACH ha appena iniziato a muovere i primi passi. E' profondamente innovativo, ma è complesso e spesso di non immediata ed intuitiva comprensione; perciò, necessiterà di un intenso e protratto "rodaggio". La pre-registrazione, e quindi, la registrazione delle sostanze *phase-in*, rappresenta una fase cruciale, e la creazione e il funzionamento dei SIEF (che sono destinati a durare 10 anni) costituisce il "cuore" del modello REACH di condivisione dei dati. Tutto ciò richiederà alle imprese, specialmente alle PMI, uno speciale sforzo, economico, organizzativo e di attenzione.

E' importante che le imprese non perdano mai di vista le problematiche di *compliance* antitrust, che il sistema REACH genera, ma non risolve, ed anzi lascia integralmente alla responsabilità ciascuno.

25.09.2008